

VU Research Portal

Uit de kast, maar ook uit de brand? Lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers in Nederland

Spijkerboer, T.P.

published in

Ars aequi

2016

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Spijkerboer, T. P. (2016). Uit de kast, maar ook uit de brand? Lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers in Nederland. *Ars aequi*, 668-672.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Uit de kast, maar ook uit de brand?

Lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers in Nederland

Thomas Spijkerboer*

In de afgelopen jaren is de positie van LHBT-vluchtelingen verbeterd, omdat een aantal kwetsieuze praktijken om hun asielverzoeken af te wijzen is afgeschaft. Toch blijft er spanning bestaan tussen de restrictieve manier waarop mensenrechten worden geïnterpreteerd in de context van asiel, en de ruimere interpretatie daarbuiten. Zo beslissen ambtenaren over de gender- en seksuele identiteit van asielzoekers, en wordt strafbaarstelling van homoseksuele handelingen in het land van herkomst niet als vervolging in de zin van de vluchtelingendefinitie aangemerkt.



Het Vluchtelingenverdrag van 1951 merkt als vluchteling aan mensen die gegronde vrees hebben om te worden vervolgd wegens hun ras, religie, nationaliteit, het behoren tot

een bepaalde sociale groep of politieke overtuiging. Deze definitie bevat, voor zover relevant voor de context van dit artikel, drie elementen: (1) er moet sprake zijn van een gereede kans ('gegronde vrees') (2) op een inbreuk op leven of vrijheid ('vervolging') en daarbij moet (3) een discriminatoir element spelen ('wegens hun ras, religie, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of politieke overtuiging'). De opstellers van deze definitie hebben vast niet gedacht aan de mogelijkheid dat vervolgte homoseksuelen als vluchteling zouden kunnen worden aangemerkt. Homoseksuele handelingen waren in de meeste landen op de één of andere manier strafbaar, zodat vervolging van homoseksuelen juist de norm was. Dat veranderde in Nederland pas in 1971, toen artikel 248 bis Sr werd geschrapt.

Nederland was het eerste land ter wereld dat de mogelijkheid opende om vervolgte homoseksuelen als vluchteling aan te merken. In een uitspraak van 13 augustus 1981 overwoog de toenmalige Afdeling rechtspraak van de Raad van State in de zaak van een Poolse vreemdeling:

'Met de gemachtigde van de Vertegenwoordiger in Nederland van de Hoge Commissaris der Verenigde Naties voor Vluchtelingen stelt de Afdeling voorop dat naar redelijke interpretatie onder vervolging wegens het behoren tot een bepaalde sociale groep mede vervolging wegens seksuele geaardheid kan zijn begrepen. De Afdeling acht voorts voldoende aannemelijk gemaakt, dat appellant op grond van zijn seksuele geaardheid in zijn land van herkomst bloot staat aan discriminatie van overheidswege. De Afdeling laat hierbij mede wegen dat appellant in verband hiermee door een politie- dan wel inlichtingendienstfunctionaris is aangegeven bij de zedenpolitie en als homoseksueel in de kaarttheek is opgenomen. De van de zijde van de Poolse autoriteiten ondervonden discriminatoire maatregelen vormen naar het oordeel van de Afdeling evenwel niet een dusdanig ernstige beperking van de bestaansmogelijkheden van appellant dat hier van vervolging in de zin van evengenoemd Verdrag kan worden gesproken.'¹

Dit uitgangspunt heeft in Nederland sindsdien niet meer ter discussie gestaan. Bovendien is ook aanvaard dat transgenders als vluchteling kunnen worden erkend als zij vervolgd dreigen te worden vanwege hun

* Prof. mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam; één van de docenten van de master's track International Migration and Refugee Law van de VU. Met dank aan Judith Verbeek en Banafsheh Moghaddasi Mahallati voor hun onderzoeksassistentie en Sabine Jansen voor haar kritische commentaar op een eerdere versie.

¹ ABRvS 13 augustus 1981, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1981/5.

genderidentiteit. Dat seksuele voorkeur en genderidentiteit een vervolgingsgrond kunnen opleveren is inmiddels ook vastgelegd in Europees recht (art. 10 lid 1 onder d Richtlijn 2011/95). Maar bij de toepassing van de vluchtelingendefinitie in zaken van lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers doen zich drie problemen voor, die hieronder aan de orde komen.

Nederland was het eerste land ter wereld dat de mogelijkheid opende om vervolgte homoseksuelen als vluchteling aan te merken

1 Discretie

Regelmatig werd van asielzoekers verwacht dat zij in hun land van herkomst hun seksuele voorkeur geheimhielden om op die manier te voorkomen dat zij problemen kregen met autoriteiten of medeburgers. Om die reden zouden asielzoekers geen gegronde vrees voor vervolging hebben. Een goed voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 mei 2011. De Afdeling overwoog dat de staatssecretaris

‘aan zijn standpunt dat van de vreemdeling kan worden verwacht dat zij haar homoseksuele geaardheid bij terugkeer naar Sierra Leone verborgen houdt terecht ten grondslag heeft gelegd dat zij nooit problemen vanwege die geaardheid heeft ondervonden, die geaardheid in juni 2008 geen reden voor haar vertrek naar Nederland is geweest en zij in Sierra Leone vanaf de tweede klas van de middelbare school in het geheim, maar zonder problemen, een homoseksuele relatie heeft onderhouden. Dat seksuele geaardheid een wezenlijk element van iemands persoonlijkheid is, brengt niet met zich dat van de vreemdeling niet kan worden verwacht dat zij louter omdat zij in Sierra Leone in het openbaar niet voor haar homoseksuele geaardheid kan uitkomen haar privé-leven bij terugkeer naar Sierra Leone op dezelfde wijze als voor haar vertrek naar Nederland vormgeeft. Het is evenmin in strijd met artikel 8 van het EVRM om dat van haar te verwachten, reeds omdat zij geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd die erop duiden dat zij in Sierra Leone geen betekenisvolle invulling aan haar homoseksuele geaardheid heeft of zal kunnen geven.’²

Met een beslissing als deze wordt in feite tegen de asielzoeker gezegd: als je maar niet openlijk voor je seksuele voorkeur uitkomt, en doorgaat die geheim te houden, dan loop je geen gevaar. Deze benadering, in de wandeling aangeduid als het discretievereiste, stuitte op kritiek.³ Deze kritiek kwam er in het kort op neer dat het vluchtelingenrecht mensen die worden vervolgd wegens hun religie, politieke overtuiging of seksuele voorkeur, juist wil beschermen. Die bescherming wordt tenietgedaan als tegen hen

wordt gezegd: slik je politieke, religieuze of seksuele voorkeur maar in om zo vervolging te voorkomen. De kritiek bracht de Afdeling ertoe om prejudiciële vragen te stellen. Het Hof van Justitie antwoordde:

‘Bij de beoordeling van een verzoek om erkenning als vluchteling kunnen de bevoegde autoriteiten redelijkerwijs niet verwachten dat de asielzoeker, ter vermindering van het risico van vervolging, in zijn land van herkomst zijn homoseksualiteit geheim houdt of zich bij de invulling van die seksuele gerichtheid terughoudend opstelt.’⁴

Het Hof van Justitie wijst hiermee het discretievereiste ondubbelzinnig af. Maar de Afdeling leek in haar einduitspraak via een achterdeur toch weer ruimte te laten voor discretie. Zij overwoog namelijk:

‘De staatssecretaris moet bij zijn beoordeling van de aannemelijkheid van de verklaring dat een vreemdeling na terugkeer op de door hem gestelde wijze invulling zal geven aan zijn seksuele gerichtheid, de situatie voor homoseksuelen en de te verwachten acceptatie van het gestelde handelen in dat land betrekken. Dat een vreemdeling verklaart na terugkeer invulling aan zijn seksuele gerichtheid te gaan geven op een wijze die hem blootstelt aan vervolging, terwijl die verklaring niet strookt met, of juist in het verlengde ligt van, zijn verklaring over de wijze waarop hij eerder, in Nederland of elders, reeds invulling aan zijn seksuele gerichtheid gaf, beïnvloedt daarbij de aannemelijkheid van die verklaring.’⁵

Deze overweging suggereert dat het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat discretie niet meer *normatief* geëist mag worden, maar dat nog wel beoordeeld moet worden of de asielzoeker *feitelijk* discreet zal zijn (en op die manier geen gegronde vrees voor vervolging heeft). De staatssecretaris heeft echter het beleid⁶ na het arrest van het Hof zo geformuleerd dat hij geen gebruik maakt van de mogelijkheid die de Afdeling lijkt te bieden om via een achterdeur discretie toch weer in te voeren.⁷

Doordat het Hof van Justitie het discretievereiste heeft afgeschaft, is een einde gekomen aan de situatie dat in de interne Europese rechtsorde groot belang wordt gehecht aan de vrijheid van lesbiennes, homoseksuelen, biseksuelen en transgenders om hun leven te leiden zoals ze dat willen, terwijl in de context van asiel mensen terug de kast in werden gestuurd.

Wel is er nog een merkwaardige spanning tussen het Hof van Justitie van de EU en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, omdat het Hof van Justitie van de EU het discretievereiste in zaken van homoseksuelen (en in de context van godsdienst⁸) heeft afgeschaft, terwijl het Europese Hof voor de Rechten van de Mens juist wel verwacht dat mensen zich aanpassen om te voorkomen dat zij slachtoffer worden van seksistisch,⁹ homofoob¹⁰ of religieus¹¹ geïnspireerd geweld.

- 2 ABRvS 11 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4610, *JV* 2011/307, m.nt. T.P. Spijkerboer.
- 3 Onder meer S. Jansen & T. Spijkerboer: *Fleeing Homophobia. Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, COC Nederland/Vrije Universiteit Amsterdam 2011, www.rechten.vu.nl/en/research/organization/research-programmes/migration-law/migration-law-series; S. Jansen & T. Spijkerboer: ‘De draaideurkast. Homoseksuele en transgender asielzoekers, discretie en strafbaarstelling’, *Asielen Migrantenrecht* 2012, p. 320-329.
- 4 HvJ EU 7 november 2013, C-199/12 tot en met C-201/12.
- 5 ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2423, *JV* 2014/48, m.nt. S. Jansen.
- 6 Vreemdelingencirculaire 2000, C2/3.2: ‘Uitgangspunt is dat iemand zijn gerichtheid zal uiten en relaties zal aangaan op een manier die niet wezenlijk anders is dan van heteroseksuelen in het betreffende land van herkomst is geaccepteerd.’
- 7 Vgl. S. Jansen, ‘Out & Proud? Over de gevolgen van het XYZ-arrest voor LHBT-asielzoekers in Nederland’, *Asielen Migrantenrecht* 2015, p. 100-106.
- 8 HvJ EU 12 september 2012, C-71/11 en C-99/11.
- 9 EHRM 28 juni 2012, 14499/09 (A.A.e.a. tegen Zweden).
- 10 EHRM 26 juni 2014, 71398/12 (M.E. tegen Zweden).
- 11 EHRM 28 juni 2011, 8319/07 en 11449/07 (*Sufi en Elmi tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 275-277 en 295.

2 Geloofwaardigheid

Een tweede probleem is hoe beoordeeld moet worden of een vreemdeling inderdaad lesbisch, homoseksueel, biseksueel of transgender is. Immers, als iemand zegt tot een seksuele minderheid te behoren maar dat in feite niet waar is, dan heeft die persoon geen gegronde vrees voor vervolging en hoeft hij of zij dus ook niet om die reden als vluchteling te worden erkend. Maar de geloofwaardigheid van iemands seksuele of genderidentiteit is een lastige kwestie, omdat het aan mensen zelf is voorbehouden om uit te maken of ze hetero, homo, bi of trans zijn. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwoog in een arrest over een transgender (het arrest ging overigens niet over asiel): '(G)ender identity is one of the most intimate areas of a person's private life. (...)', en verwees naar 'the applicant's right to respect for her sexual self-determination as one of the aspects of her right to respect for her private life'. Het verweet de Duitse rechter dat deze 'on the basis of general assumptions as to male and female behaviour, substituted its views on the most intimate feelings and experiences for those of the applicant'.¹² Het is problematisch dat een ambtenaar uitmaakt of een asielzoeker die zelf zegt lesbisch, homoseksueel, biseksueel of transgender te zijn dat wel of niet is.

Het is problematisch dat een ambtenaar uitmaakt of een asielzoeker die zelf zegt lesbisch, homoseksueel, biseksueel of transgender te zijn dat wel of niet is

Maar er gebeurden in de rechtspraak wel opmerkelijke dingen. Zo werd een man die een relatie had met een man-vrouw transgender als hetero aangemerkt, zodat hij geen gegronde vrees voor vervolging in verband met zijn seksuele voorkeur had. Een andere man werd niet als homoseksueel aangemerkt, omdat hij zich weliswaar tot mannen agetrokken voelde, maar het woord homoseksueel niet voor zichzelf wilde gebruiken. In weer een ander geval werd een asielzoeker ongelofwaardig gevonden omdat hij ontwijkend antwoordde op vragen die, kort samengevat, gênant gedetailleerd waren. Ook werd iemand vaak niet geloofd wanneer de betrokken man of vrouw pas na verloop van tijd aan anderen durfde toe te geven niet heteroseksueel te zijn.¹³

Weer was het de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die prejudiciële vragen stelde. Het Hof van Justitie gaf als antwoord dat de geloofwaardigheid van de gestelde seksuele gerichtheid niet mag worden 'beoordeeld middels ondervragingen louter op basis van stereotype opvattingen over homoseksuelen'. Bovendien mag de interviewer de asielzoeker niet 'gedetailleerd ondervragen over de wijze waarop hij praktisch invulling geeft aan zijn seksuele gerichtheid'. Daarnaast mogen de beslisinstanties niet als bewijs aanvaarden 'het demonstratief verrichten van homoseksuele handelingen door de betrokken asielzoeker, het ondergaan van "tests" om zijn homoseksualiteit te bewijzen of het overleggen van video-opnamen van dergelijke handelingen'. Ten slotte is het niet aanvaardbaar dat de autoriteiten 'tot de slotsom komen dat de verklaringen van de betrokken asielzoeker niet geloofwaardig zijn louter omdat deze zijn gestelde seksuele gerichtheid niet had aangevoerd bij de eerste gelegenheid die hem werd geboden om de vervolgingsgronden toe te lichten'.¹⁴ Dit arrest heeft, via de einduitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak,¹⁵ nogal wat gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak gehad. Ten eerste verbond de Afdeling aan het arrest het gevolg dat het beginsel dat een te laat aangevoerd partijstandpunt niet bij de rechterlijke beoordeling kan worden betrokken,¹⁶ niet kan worden toegepast als een vreemdeling pas later in de procedure aanvoert homoseksueel te zijn. In dat geval zou de asielaanvraag anders immers worden afgewezen omdat de seksuele voorkeur pas in tweede instantie wordt aangevoerd. De Afdeling past het arrest van het Hof (dat in strikte zin slechts over geloofwaardigheid ging) dus analoog toe op het *ne bis in idem*-beginsel. Ten tweede vond de Afdeling dat de staatssecretaris beleid moest maken over de vragen die worden gesteld om de seksuele voorkeur van een asielzoeker te achterhalen en over de manier waarop de antwoorden daarop worden beoordeeld. De staatssecretaris heeft vervolgens beleid gemaakt,¹⁷ waarvan de Afdeling inmiddels heeft uitgemaakt dat dit in orde is.¹⁸ De Afdeling vinkte verder af dat volgens het Nederlandse beleid geen gedetailleerde vragen over seksuele handelingen gesteld meer mogen worden; dat niet tot ongelofwaardigheid mag worden geconcludeerd omdat iemand vragen die op stereotypen zijn gebaseerd verkeerd beantwoordt; en dat beeldmateriaal van seksuele handelingen, ook als dat door de asielzoeker zelf wordt aangeleverd, niet bij de beoordeling mag worden betrokken.

12 EHRM 12 juni 2003, 35968/97 (*Van Kück tegen Duitsland*), para. 56, 78 en 81.

13 De voorbeelden zijn ontleend aan L. Middekoop, 'Geloofwaardigheidskwesties rond homoseksuelen in de Nederlandse asielprocedure', *Asiel- en Migrantenrecht* 2010, p. 508-515. Zie eveneens S. Jansen, 'Herken de homo. Over het beoordelen van de geloofwaardigheid van seksuele gerichtheid in asielzaken', *Justitiële Verkenningen* 2013, p. 44-60.

14 HvJ EU 2 december 2014, C-148/13 tot en met C-150/13.

15 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2170, *JV* 2015/243.

16 Zie uitgebreider over de effecten van dit beginsel in het vreemdelingenrecht T.P. Spijkerboer: *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 290-308.

17 Werkinstructie 2015/9, https://ind.nl/Documents/WI%202015_9.pdf.

Ondanks de nuanceringen die de Afdeling bestuursrechtspraak in het voetspoor van het Hof van Justitie heeft aangebracht, blijft er sprake van een opmerkelijke spanning. In het *Van Kück*-arrest¹⁹ bracht het Europese Hof voor de Rechten van de Mens iets onder woorden wat intuïtief vanzelfsprekend lijkt: namelijk dat alleen iemand zelf kan uitmaken wat haar of zijn seksuele of genderidentiteit is, en dat het onbestaanbaar is dat een ambtenaar of rechter beslist of iemand homo- of heteroseksueel is. Het is wellicht begrijpelijk dat daar in de context van asiel aarzelingen bij bestaan ('straks zeggen alle Oegandezen dat ze homo zijn...'), maar het is ook in die context niet minder vreemd dat de overheid haar eigen opvatting over een van de meest intieme aspecten van iemands identiteit in de plaats stelt van de opvattingen van die persoon zelf.

Richtlijn 2011/95 biedt een hoger niveau van bescherming dan het EVRM, omdat enkele strafbaarstelling van homoseksuele handelingen onder het EVRM niet, en onder het Europese recht wel tot asielverlening leidt

3 Strafbbaarstelling

Een derde kwestie gaat over de vraag welk belang gehecht moet worden aan het feit dat homoseksuele handelingen in het land van herkomst van de asielzoeker strafbaar zijn gesteld. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens maakte uit dat het enkele feit dat homoseksuele handelingen strafbaar zijn gesteld een schending van artikel 8 EVRM oplevert, ook al is tegen de klager geen strafrechtelijk onderzoek gestart.²⁰ Het Hof overwoog:

"The maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1. In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (...): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution."²¹

Maar het risico op een schending van artikel 8 EVRM in het land van herkomst is onvoldoende voor de conclusie dat ook verwijdering naar dat land in strijd met artikel 8 EVRM is.²²

In Italië is het enkele feit dat homoseksuele handelingen in het land van herkomst strafbaar gesteld zijn voldoende voor erkenning als vluchteling, omdat de strafbaarstelling zelf als ernstige inbreuk op een fundamenteel recht wordt aangemerkt, en daarom vervolging oplevert.²³ Daar valt veel voor te zeggen. Zo bepaalt artikel 9 lid 1 Richtlijn 2011/95 dat een ernstige schending van grondrechten vervolging oplevert en uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vloeit voort dat strafbaarstelling van homoseksuele handelingen zo'n ernstige schending vormt. Bovendien geeft artikel 9 lid 2 onder b Richtlijn 2011/95 onder meer als voorbeeld van vervolging 'wettelijke (...) maatregelen die op zichzelf discriminerend zijn', en strafbaarstelling van homoseksualiteit valt daar zeker onder. Als je deze lijn volgt, biedt Richtlijn 2011/95 dus een hoger niveau van bescherming dan het EVRM, omdat enkele strafbaarstelling van homoseksuele handelingen onder het EVRM niet, en onder het Europese recht wel tot asielverlening leidt. Maar dat is niet problematisch, omdat het de Europese Unie vrij staat om mensenrechten op een hoger niveau te beschermen dan waar het EVRM toe verplicht.²⁴

Anders dan de Italiaanse vaste praktijk oordeelde het Hof van Justitie echter dat de enkele strafbaarstelling onvoldoende is om vervolging op te leveren. Als een gevangenisstraf daadwerkelijk wordt toegepast, is dat echter wel vervolging in de zin van de vluchtelingendefinitie.²⁵ De Afdeling Bestuursrechtspraak geeft een vrij ruime toepassing aan deze overwegingen van het Hof. Zij oordeelt dat de staatssecretaris niet alleen moet kijken naar de vraag of mensen worden veroordeeld voor homoseksuele handelingen, maar ook naar de vraag of tegen hen politieke of justitiële onderzoeken worden gestart (die vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag kunnen behelzen ook als ze uiteindelijk niet tot een veroordeling leiden).²⁶ Dat laat onverlet dat het enkele feit dat in een land homoseksuele handelingen strafbaar zijn gesteld niet leidt tot erkenning als vluchteling.

Dit leidt tot een spanning tussen mensenrechten in de interne Europese rechtsorde – waar strafbaarstelling van homoseksualiteit een voortdurende schending van artikel 8 EVRM oplevert – en mensenrechten in het asielrecht – waar een voortdurende schending van artikel 8 EVRM kennelijk niet als flagrante schending van artikel 8 EVRM wordt opgevat, en ook niet als vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM. In een *concurring opinion* heeft rechter De Gaetano van het EHRM opgemerkt dat

18 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1630.

19 EHRM 12 juni 2003, 35968/97 (*Van Kück tegen Duitsland*).

20 EHRM 26 oktober 1988, 10581/83 (*Norris tegen Ierland*).

21 EHRM 22 oktober 1981, 7525/76 (*Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk*).

22 EHRM 22 juni 2004, 17341/03 (*F. tegen Verenigd Koninkrijk*). Zie m.b.t. art. 9 EVRM EHRM 28 februari 2006 (ontvankelijkheidsbeslissing), 27034/05 (*Z en T tegen het Verenigd Koninkrijk*), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1950-2009, m.nt. H. Battjes. M.b.t. art. 6 EVRM maakte het EHRM uit dat een flagrante schending van art. 6 in het land van herkomst leidt tot een uitzettingsverbod, EHRM 17 januari 2012, 8139/09 (*Othman tegen het Verenigd Koninkrijk*), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1950-2015, nr. 10, m.nt. M. den Heijer.

23 Jansen & Spijkerboer 2011, p. 23; Corte Suprema di Cassazione 20 september 2012, 15981/2012, Engelse vertaling op www.refworld.org/pdfid/5062c59f2.pdf.

24 C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 41-62.

25 HvJ EU 7 november 2013, C-199/12 tot en met C-201/12 (*X, Y en Z.*), *JV* 2014/31, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1950-2015, nr. 16, m.nt. Den Heijer.

26 ABRvS 24 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4062, *JV* 2016/38.

‘to the effect that “the criminalisation of homosexual acts per se does not constitute an act of persecution” could be seen as somehow undermining the standards set by the Court as far back as the 1980’s in connection with the criminalisation of homosexual acts and the resulting violation of Article 8 [...] and the consequent irrelevance, for the purpose of a violation of fundamental human rights, of whether or not such laws are in fact applied or applied sporadically.’²⁷

Daarmee brengt hij scherp onder woorden dat het arrest van het Hof van Justitie, dat de enkele strafbaarstelling niet als ernstige mensenrechtenschending aanmerkt, op gespannen voet staat met vaste rechtspraak van het EHRM.

4 Asiel en de grenzen van seksuele vrijheid

Terugkijkend kunnen we constateren dat de positie van lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers in Nederland, en in Europa, in de afgelopen 35 jaar aanmerkelijk verbeterd is. Seksuele en genderidentiteit zijn zonder noemenswaardige moeite als vervolgingsgrond erkend. Het idee dat van mensen verwacht kan worden dat ze hun identiteit verborgen houden om vervolging te voorkomen heeft in Nederland lang standgehouden, maar heeft nu toch zijn langste tijd gehad – al steken vergelijkbare noties in zaken van vrouwelijke asielzoekers nog wel degelijk de kop op. Ook ligt in de rechtspraak nu duidelijk op tafel dat iemands seksuele voorkeur niet per se ongeloofwaardig is omdat een *coming out* in Uruzgan heel anders verlopen is dan in Tubbergen. Ten slotte speelt het feit dat homoseksuele handelingen in het land van herkomst strafbaar zijn nu een grotere rol dan voorheen. Dat zijn stuk voor stuk verbeteringen, die ertoe leiden dat vervolgte lesbiennes, homo- en biseksuelen en transgenders nu wel bescherming krijgen waar voorheen hun asielverzoeken werden afgewezen. Zij worden beschermd tegen vergaande schendingen van hun seksuele vrijheid.

Tegelijkertijd kunnen we constateren dat er een behoorlijke spanning blijft bestaan tussen mensenrechten in de context van asiel en buiten de context van asiel. Strafbaarstelling van homoseksuele handelingen wordt voor Europees gebruik beschouwd als een permanente schending van artikel 8 EVRM, en kan daardoor nauwelijks anders dan als ernstige mensenrechtenschending worden

beschouwd. Maar als het over asiel gaat, is dat niet ernstig genoeg om als ernstige schending van mensenrechten, en daarmee vervolging in de zin van de vluchtelingendefinitie te worden aangemerkt. Het behoort tot de kern van het recht op respect voor privéleven dat mensen zelf uitmaken wat hun seksuele en genderidentiteit is, maar in de context van asiel zijn het uiteindelijk ambtenaren en rechters die daarover beslissen. En waar op grond van het EU-recht niet meer van mensen wordt verwacht dat zij bij terugkeer naar het land van herkomst terug de kast in gaan, stelt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens die eis nog wel.

Het behoort tot de kern van het recht op respect voor privéleven dat mensen zelf uitmaken wat hun seksuele en genderidentiteit is, maar in de context van asiel zijn het uiteindelijk ambtenaren en rechters die daarover beslissen

De duidelijke vooruitgang in de praktijk van asielverlening in Nederland en andere landen gaat dus gepaard met een blijvende spanning. Dat kan aanleiding zijn tot scepsis en cynisme: hoe universeel zijn mensenrechten eigenlijk als mensen uit andere landen genoeg moeten nemen met een tweederangs variant? Het is inderdaad problematisch dat de universaliteit van mensenrechten voorbij de grenzen van Europa misschien niet ophoudt, maar toch wel behoorlijk getemperd wordt. Maar deze spanning kan worden omgezet in dynamiek. Net zoals migrantenvrouwen ontwikkelingen in mensenrechten in Europese landen hebben aangegrepen om hun verblijfsrechtelijke positie te verbeteren, zo grijpen organisaties van vluchtelingen en van homo- en biseksuelen en transgenders deze spanning aan om de positie van vluchtelingen te verbeteren. De vooruitgang die is geboekt, is door zulke samenwerking tussen vluchtelingen- en homo-organisaties tot stand gekomen. Of de vooruitgang verder gaat, tot stilstand komt, of wordt teruggedraaid hangt af van de steun die zulke coalities kunnen organiseren.

²⁷ EHRM 26 juni 2014, 71398/12 (*M.E. tegen Zweden*).